

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170039-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 15. November 2017

in Sachen

A._____,

Beklagter 3 und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.**_____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

2. **C.**_____,

3. **D.**_____,

Beklagte 1 und 2 und Beschwerdegegner

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

betreffend **Erbteilung (Gutachten)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
3. Oktober 2017 (CP080004-K)**

Erwägungen:

1. a) Mit Stellungnahme vom 19. September 2017 stellte der Beklagte 3 und Beschwerdeführer (fortan Beklagter 3) bei der Vorinstanz die folgenden Anträge (Urk. 9/616 S. 2):

- " 1. Die Schätzungen seien als unverwertbar und nicht beweismässig zu klassieren und aus dem Recht zu weisen.
- 2. Die Rechnungen der Akteure seien zulasten der Staatskasse abzurechnen.
- 3. Meine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Schätzung seien auf Staatskasse zu nehmen und es sei mir entsprechend eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen."

Mit Beschluss vom 3. Oktober 2017 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 2 S. 8 f.):

- " 1. Den Parteien werden Doppel der Eingaben der Klägerin vom 31. August 2017 (act. 614) und des Beklagten 3 vom 19. September 2017 (act. 616 sowie act. 617/1-49) zugestellt.
- 2. Gutachter E. _____ werden Kopien der Eingabe des Beklagten 3 vom 19. September 2017 (act. 616 und act. 617/1-49) zugestellt.
- 3. Gutachter E. _____ wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Entscheides angesetzt (Fristerstreckung vorbehalten), um schriftlich und in fünffacher Ausfertigung zu den in vorstehender Erwägung Ziffer 7 erwähnten Punkten Stellung zu nehmen. Seine damit einhergehenden zusätzlichen Aufwendungen hat er in einer separaten Rechnung auszuweisen. Im Übrigen gelten die an ihn gerichteten Hinweise im Gutachtensauftrag vom 24. Januar 2017 (act. 509) sinngemäss.
- 4. Die Anträge des Beklagten 3 werden abgewiesen.
- 5. (Schriftliche Mitteilung.)
- 6. (Rechtsmittelbelehrung.)"

b) Innert Frist erhob der Beklagte 3 mit Eingabe vom 19. Oktober 2017 Beschwerde (Urk. 1). Er stellte dabei folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
- 2. es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und das Gutachten vom 4. August 2017 sei aus dem Recht zu weisen;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Staatskasse."

Ebenfalls innerhalb der Beschwerdefrist gingen hierorts am 24. Oktober 2017 zwei weitere Eingaben des Beklagten 3 vom 23. Oktober 2017 ein (Urk. 6 f.).

c) Auf die Ausführungen des Beklagten 3 im Beschwerdeverfahren ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Der angefochtene Beschluss ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Entscheide ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines solchen Nachteils Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377). Das gilt namentlich für Beweisanordnungen, wie sie hier in Frage stehen. Nach der Rechtsprechung fügen Beweisanordnungen einer Partei nämlich nur ganz ausnahmsweise einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu, so etwa, wenn es um die Herausgabe von Urkunden geht, aus denen Geschäftsgeheimnisse ersichtlich sind. In der Regel ist die Beschwerde gegen eine Beweisanordnung aber gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht zulässig, denn einerseits kann sie vom Sachgericht jederzeit abgeändert und andererseits kann sie dereinst von der zuständigen Rechtsmittelinstanz auf das gegen den Endentscheid zur Verfügung stehende ordentliche Rechtsmittel hin umfassend überprüft werden (ZR 116/2017 Nr. 41 E. 3.4.1 und E. 3.4.2 mit Hinweis auf BGE 141 III 80 E. 1.2). Da jede Beweisanordnung zu einer gewissen Verfahrensverzögerung und zur Erhöhung der Prozesskosten führt,

vermögen solche Nachteile die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die in Frage stehende Beweisanordnung grundsätzlich von vornherein nicht zu begründen.

b) Der Beklagte 3 macht diesbezüglich zusammengefasst geltend, die Vorinstanz stelle dem überforderten Schätzer Frist zur Ergänzung und Erläuterung, anstatt das Gutachten wegen seiner unrechtmässigen Erhebung und gravierender Mängel aus dem Recht zu weisen. Ihm entstehe durch den angefochtenen Beschluss ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, da die Vorinstanz auf dem eingesetzten Fachmann beharre und durch die Ergänzung und Erläuterung durch den überforderten Schätzer auf Kosten der Parteien neuer Aufwand generiere. Der Aufwand setze sich nicht nur aus den weiteren Kosten für die Behebung der Mängel und die Verbesserung des Gutachtens zusammen. Ihm selber entstünden weitere Kosten und Nachteile, welche bei einem Obsiegen im Hauptprozess nicht wiedergutmacht werden könnten. Es könne nicht behauptet werden, der Aufwand würde durch eine entsprechende Umtriebsentschädigung wiedergutmacht werden können. Insbesondere könne weder der zeitliche noch der personelle Aufwand durch eine Umtriebsentschädigung aufgewogen werden. Ebenso wenig könne ausgeführt werden, dass es sich bei der Stellungnahme zum Gutachten um Vorleistungen handle, welche bei einem allfälligen zweiten Gutachten verwendet werden könnten. Davon könne nicht ausgegangen werden, weil jedes Gutachten für sich alleine und separat beurteilt werden müsse. Auch zu den vom Gericht gestellten Zusatzfragen an den Gutachter und dessen Erläuterungen werde er wieder Stellung nehmen müssen, womit erneut ein unverhältnismässiger Aufwand verbunden sei. Auch diese Nachteile würden nicht wieder leicht gutzumachen sein, insbesondere da auch das verbesserte Gutachten nicht verwertbar sein werde. Zudem sei zu beachten, dass das Vorgehen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Gutachten und das Abstützen auf dieses Gutachten die Wahrscheinlichkeit eines allfälligen Rechtsmittels gegen das Endurteil in eklatanter Weise steigen lasse. Zu beachten sei, dass er mit der Klägerin und Beschwerdegegnerin 1 (fortan Klägerin) für einmal einig sei. Sie beide hätten ihre Einwände gegen das Gutachten geltend gemacht (Urk. 1 S. 3).

c) Im Zusammenhang mit der Beschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid kann sich die Kammer namentlich nicht auf die Frage einlassen, ob das von der Vorinstanz angeordnete Gutachten brauchbar sein wird bzw. die von ihr veranlassten Ergänzungsfragen zielführend sind oder nicht. Die Vorinstanz wird sich dazu mit ihrem Endentscheid im Sachzusammenhang zu äussern haben, so dass sich die Parteien und gegebenenfalls die Rechtsmittelinstanz mit der vorinstanzlichen Argumentation werden auseinandersetzen können. Die in Frage stehende Beweisanordnung der Vorinstanz schon heute zu überprüfen, ist weder tunlich noch möglich, weil die Vorinstanz ihre Überlegungen dazu erst mit dem Endentscheid offenzulegen haben wird. Wenn der Beklagte 3 von "weiteren Kosten und Nachteilen" bzw. von "zeitlichem und personellem Aufwand" spricht, dann ist ihm entgegenzuhalten, dass jede Prozesshandlung in einem gewissen Umfange solche Umtriebe auslöst. Insgesamt sind die Umtriebe, die mit Ergänzungsfragen an einen Gutachter verbunden sind untergeordneter Art. Sie wären viel höher, wenn die Ergänzungsfragen zu Unrecht unterlassen würden und erst die Rechtsmittelinstanz auf Berufung gegen den Entscheid hin eine nachträgliche Korrektur veranlassen müsste. Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Beklagten 3 im Zusammenhang mit den von der Vorinstanz an den Experten veranlassten Ergänzungsfragen klarerweise kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO entsteht, so auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

d) Die Beschwerde wäre im Übrigen abzuweisen, wenn auf sie eingetreten werden müsste. Der Beklagte 3 vermag mit seinen Ausführungen nicht ansatzweise darzutun, inwiefern der durchgeführte Augenschein die Verwertbarkeit des Gutachtens tangiert und die Unterbreitung von zahlreichen Ergänzungsfragen (die wiederum auf Einwänden des Beklagten 3 beruhen) eine gehörige Erstattung/Ergänzung des Gutachtens bzw. eine Verwertbarkeit von vornherein ausschliesst. Der Vorwurf einer durch das Bezirksgericht begangenen Straftat (Hausfriedensbruch) ist geradezu abstrus. Zudem sind in der Praxis bei komplizierteren Fragestellungen Ergänzungen des Gutachtens praktisch immer zu erwarten (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 188 N 14). Allein aus der Zahl der gestellten Ergänzungsfragen kann noch nicht auf ein ungenügendes oder nicht verbesserbares Gutach-

ten geschlossen werden. Auch das rechtliche Gehör des Beklagten 3 wurde nicht verletzt. Der Beklagte 3 vermisst zu Unrecht eine Begründung für die Abweisung seiner vor Vorinstanz gestellten Anträge (Urk. 2 S. 3, S. 9). Es liegt auf der Hand, dass die Vorinstanz mit ihrem Beschluss vom 3. Oktober 2017 den Weg von § 181 Abs. 1 ZPO/ZH beschritt, wonach ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten zu ergänzen und zu erläutern ist (Urk. 2 S. 3). Demzufolge war es nur folgerichtig, die vom Beklagten 3 mit Eingabe vom 19. September 2017 gestellten Anträge abzuweisen. Das Gericht wird sich spätestens im Endentscheid über den Beweiswert des Gutachtens äussern müssen. Vorfragen und Einreden werden grundsätzlich mit dem Endentscheid erledigt (§ 189 ZPO/ZH).

3. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

4. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens dem Beklagten 3 aufzuerlegen sind. Für die Bemessung der Gerichtskosten gelangen § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung. Mangels wesentlicher Aufwendungen sind der Klägerin, der Beklagten 1 und Beschwerdegegnerin 2 (fortan Beklagte 1) und dem Beklagten 2 und Beschwerdegegner 3 (fortan Beklagter 2) für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

5. Die im Beschwerdeverfahren durch den Beklagten 3 eingereichten Urkunden 4/3, 4/5, 5/1a-49, 8/1-2 und 8/3-5 entsprechen den vorinstanzlichen Urkunden 9/616, 9/631 S. 3 f., 9/617/1a-49, 9/632 f. und 9/625-627, weshalb es sich erübrigt, der Klägerin sowie den Beklagten 1 und 2 davon Doppel bzw. Kopien zur Kenntnisnahme zukommen zu lassen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Beklagten 3 wird nicht eingetreten.

2. Das Gesuch des Beklagten 3 um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beklagten 3 auferlegt.
5. Der Klägerin, der Beklagten 1 und dem Beklagten 2 werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel der Urk. 1, 3, 4/2 und 4/4 sowie je einer Kopie der Urk. 6 und 7, an die Beklagte 1 unter Zustellung je einer Kopie der Urk. 1, 3, 4/2, 4/4, 6 und 7, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten 2 unter Beilage je einer Kopie der Urk. 1, 3, 4/2, 4/4, 6 und 7 in die Akten und durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, sowie an die Vorinstanz.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc